

# 釋字第690號解釋 不同意見書

大法官 許玉秀

鄉原（愿），德之賊也。

論語陽貨篇

不是因為器官移植程序必須爭取時間，  
多重確認程序即可以打折扣。

而是因為器官移植程序必須爭取時間，  
所以要求更精確、更迅速的多重確認。

一個社會的文明程度，  
取決於對正當程序的堅持與實踐能力。  
緊急危險不能成為正當程序的例外。  
愈緊急，愈應該嚴謹有效地遵守正當程序，  
因為緊急情況最容易出現致命的悲劇。

為保障人身自由所形成的權力分立原則，  
必須透過法官保留原則方能實現，  
否則即欠缺外部監督、制衡機制，  
緊急情況即容易成為製造致命悲劇的藉口。

本席與多數意見的基本歧異，在於本席認為對於人身自由的剝奪，必須嚴格遵守正當法律程序原則，而且法官保留原則也可以在九十一年一月三十日制定公布的傳染病防治法第三十七條第一項規定：「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等必要之處置。」（下稱系

爭規定)完全實踐；多數意見則認為正當法律程序原則可以打折扣，有些人身自由的剝奪，可以不必遵守法官保留原則。爰提出不同意見書，說明不能認同多數意見的理由。

本件所聲請解釋的正當法律程序原則，應審查法明確性原則與法官保留原則，比例原則沒有審查必要，因為合乎比例原則的必要處置並沒有規定出來，根本無從審查比例原則。

## 壹、 審查法明確性原則

### 一、留驗、檢查及施行預防接種皆屬暫時性的輕微限制

系爭規定所謂留驗、檢查，都只是確認有無受感染或傳染危險的程序，縱使主張確認程序難免相當程度限制人身自由，也只能認為在確認感染與否的程序中，得施予人身自由的限制，不可能極度地擴張，而將確認程序理解為包含施予長期隔離；至於施行預防接種，更只是一種預防手段，使尚未染病之人免於受感染，即便對於人身自由有所拘束，也極為短暫，甚而是一瞬間的程序。

因此留驗、檢查或施行預防接種，所進行的限制自由，受到目的性的限制，都不可能延伸，並變化成「隔離傳染」和「治療」的程序？就如同規定刑事程序的法律，如果只規定應確認被告身分是否涉有其他犯罪嫌疑，或有無受到通緝，則一旦確認完成，目的已經達成，是否要接續拘束該名被告的人身自由，應該依據另外的規定進一步處理，縱使發現被告是通緝犯，也是一樣。不能將確認犯罪嫌疑人身分的程序，直接解釋成包含全部的犯罪偵查程序，甚而理解成包含如何施予處罰的程序。

## 二、受規範者不能預見

系爭規定構成要件屬於列舉規定模式，縱使如多數意見的認知，屬於例示規定的模式，也應該是以典型的情形例示，其他必要處置，則為非典型但類似的情形，這才是人民依據日常生活及語言經驗，能夠理解的法條文義建構邏輯。系爭規定僅是就「有無受感染」或「避免傳染」的調查、保護程序，規定為達成上開目的，得對人民人身自由施以輕微且短暫的干預。對於一般人民而言，「留驗、檢查，或施行預防接種」的內容與意義，絕對不可能等同於人身自由長期遭到剝奪，司法者也不可能循著人民的生活與語言經驗，將「留驗、檢查，或施行預防接種」理解成一種隔離處分。

多數意見卻要求人民要聰明到自行理解，這種對人身自由的短暫拘束，可以包含對人身自由進行較嚴重的長時間拘束。難道是認為我國人民向來生活在比較不重視正當法律程序、立法技術比較落後的環境，所以應該對侵害人民權利的法規範，保有舉輕明重的危機意識？

## 三、偷龍轉鳳的體系解釋方法

多數意見挪用九十二年五月二日制定公布（溯自同年三月一日施行）的嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例（已於九十三年十二月三十一日廢止，以下簡稱 SARS 暫行條例）第五條第一項規定：「各級政府機關為防疫工作之迅速有效執行，得指定特定防疫區域實施管制；必要時，並得強制隔離、撤離居民或實施各項防疫措施。」主張系爭規定已經規定強制隔離措施。這個新舊法體系整體觀察解釋方法，存在許多不能支持的瑕疵：

- (一) 多數意見的解釋方法前所未見，好像認為SARS暫行條例第五條第一項規定也是本件確定終局判決所適用的法律，但該規定在確定終局判決中，完全沒有出現，系爭規定是確定終局判決唯一的裁判依據<sup>1</sup>。縱使SARS暫行條例第十九條規定<sup>2</sup>，可回溯適用，但一者，回溯適用的具體範圍，完全不清楚，二者，主管機關及確定終局判決並未加以適用。難道確定終局判決適用了一個幽靈規定，沒有逃過大法官的法眼？
- (二) 以 SARS 暫行條例第五條第一項補充系爭規定的方法，太過粗糙。因為系爭規定以特定主體為規範對象，所規範的是「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者」，也就是已經有跡象或明確的證據可以證明是感染傳染病的嫌疑人；而 SARS 暫行條例第五條第一項規定，則是受「指定特定疫區」或被「實施管制」的居民，其實是在整個區域都有受感染的可能之下，在已經受感染者與尚未受感染者之間，建立一個緩衝的區域，被強制隔離的，可能是並沒有被感染的人。這兩個規定所規範的對象，絕大多數並不一致，兩個規範縱使均需要強制隔離手段，對於強制隔離手段的理解與適用也不會一樣。未經細膩思考的補充，猶如偷龍轉鳳。
- (三) 多數意見引用 SARS 暫行條例第五條第一項規定，正好顯示系爭規定根本沒有針對 SARS 這種情況，預設強制隔離措施。所佐證的是，系爭規定根本不夠明確，不足

---

<sup>1</sup> 參見最高行政法院 95 年度判字第 1651 號、第 2054 號判決、96 年度判字第 43 號判決，以及臺灣高等法院 95 年度重上國字第 9 號民事判決（上訴經最高法院 96 年度台上字第 1986 號民事裁定，以上訴不合法，諭知上訴駁回而確定）。

<sup>2</sup> 第 19 條規定：「本條例施行日期，自中華民國九十二年三月一日至九十三年十二月三十一日止。本條例施行期限屆滿，得經立法院同意延長之。」

以處理 SARS 這種重大傳染病的情況。此所以之後九十三年一月二十日修正公布的傳染病防治法，立法者於第四十六條（96 年 7 月 18 日修正公布後，移列為第四十八條）增訂強制隔離措施，所表明的理由：「原條文的規範不夠明確、嚴謹，加上日前防堵 SARS 疫情出現漏洞，因此參酌『嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例』中之規範，針對特定的區域加以管制，並可對之強制隔離與撤離居民。於此方能建構較為完善的防護網。」而且既然只針對嚴重急性呼吸道症候群增訂強制隔離措施，如果涉及其他傳染病時，則依據系爭規定，豈不是正好不可以採取強制隔離措施？多數意見顯然因為聲請案件原因事實屬於嚴重急性呼吸道症候群的案例，而挪用 SARS 暫行條例第五條第一項規定補充系爭規定，這樣的解釋建立在個案原因事實之上，而不是針對通案的傳染病防治法所做的解釋。不但反證系爭規定欠缺明確性，也暴露多數意見顯然忘記自己的任務是規範審查。

- (四) 既然在 SARS 暫行條例公布之前，就強制隔離措施而言，系爭規定已經呈現不清楚的狀態，也就是已經違反法明確性原則，則如何可能經由 SARS 暫行條例第五條第一項的規定，讓曾經存在的不明確猶如溯及既往地明確起來，而自始不違反法明確性原則？

#### 四、審查法明確性原則的標準

##### (一) 拘束人身自由的目的不影響審查密度

多數意見認為拘束人身自由，如果以保護人民生命安全

與身體健康為目的，與刑事處罰本質不同，因此審查標準可以較為寬鬆，進而認定系爭規定未違反法明確性原則。姑且不論審查法明確性原則的標準，究竟什麼情況下是寬鬆，什麼情況下是嚴格，在歷來解釋例中，並沒有清楚的軌跡可尋，因為從來似乎不曾存在嚴格的審查操作。而縱使真的有寬嚴不同的標準，也和規範目的無關。<sup>3</sup>

對一個被關閉在一人獨居的房間，為了避免傳染或感染，可能只能從一個小窗戶獲得飲食、飲水或藥物控制的人，甚至對他提供飲食、藥物時，還必須穿厚重隔離衣的人，他的人身自由所遭受到的限制，比起可以定時放封的受刑人，不是更嚴重嗎？單純客觀觀察人身自由受限制的程度，兩者本質有何差異？再者，從拘束人身自由的目的而論，犯罪人被隔離，也可以認為是為了施予矯治，是為了防止其他人繼續受到傷害，與傳染病患被隔離，是為了被治療，是為了不傳染他人，其實目的也沒有不同。只因為傷寒瑪麗<sup>4</sup>遭拘束自由的原因，不是犯罪而是感染傷寒，人身自由所遭受的拘束，就比冤獄裡的受刑人不嚴重嗎？

區隔審查標準的依據，不是規範目的，是實現目的的手

---

<sup>3</sup> 即便認為法規是基於保護目的而設，對於限制基本權的手段，也不會採取寬鬆的審查密度。例如本院釋字第 664 號解釋，針對少年事件處理法第 3 條第 3 目規定逃學逃家少年，應依據少年保護事件程序處理，大法官表示「為維護虞犯少年健全自我成長所設之保護制度，尚難逕認其即屬違憲。惟如其中涉及限制少年憲法所保障權利之規定者，仍應分別情形審查其合憲性。」並因而審認「第四十二條第一項規定之保護處分，旨在導正少年之偏差行為，以維護少年健全成長，其目的固屬正當；惟就經常逃學或逃家之虞犯少年而言，如須予以適當之輔導教育，交付安置於適當之福利或教養機構，使其享有一般之學習及家庭環境，即能達成保護經常逃學或逃家少年學習或社會化之目的。是少年事件處理法第二十六條第二款及第四十二條第一項第四款規定，就限制經常逃學或逃家虞犯少年人身自由部分，不符憲法第二十三條之比例原則，亦與憲法第二十二條保障少年人格權，國家應以其最佳利益採取必要保護措施，使其身心健全發展之意旨有違。」又同法第三條第二款第三目關於『經常逃學或逃家』之規定，易致認定範圍過廣之虞，且逃學或逃家之原因非盡可歸責於少年，或雖有該等行為但未具社會危險性，均須依該目規定由少年法院處理；至「依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞」，所指涉之具體行為、性格或環境條件為何，亦有未盡明確之處；規定尚非允當，宜儘速檢討修正之。」

<sup>4</sup> 傷寒瑪麗的故事，見：[http://en.wikipedia.org/wiki/Typhoid\\_Mary](http://en.wikipedia.org/wiki/Typhoid_Mary) 瀏覽日期 2011.09.30

段。出於保護目的，可以是嚴酷的禁錮；出於處罰目的，可以是受到一定程序保障、符合人道對待的安置。以規範目的是否為刑事處罰，而區隔審查標準，可以說只是空話，而且在解釋理由書中，也看不見具體的操作，唯一看到的，是沒有說服力的合憲結論。

## (二) 如何操作「得經司法審查」這個判斷標準？

自釋字第四三二號解釋以來<sup>5</sup>，對於法明確性的審查，除了認為只要不是受規範之人難以理解之外，還認為如得經司法予以審查，即可認為與法明確性原則並無違背。所謂「得經司法審查」，究竟如何操作，始終令人疑惑<sup>6</sup>。如果認為已經長期經過司法審查確認，並作成判決，即表示明確，則正好表示可以積非成是，凡是法院已經長期適用的法律，即沒有審查法明確性的餘地。

在歷來大法官解釋當中，「非受規範者難以理解，並得經司法審查」都是和不確定法律概念連結論述，所謂不確定法律概念，其實就是有待價值補充的評價性、規範性概念，立法者使用這種概念時，往往會要求主管機關進一步訂定適用標準，則法院對這種概念加以解釋與適用時，可以提出這種概念的具體化依據。如果這樣理解「得經司法審查」，則「得經司法審查」作為一個判斷標準，其實應該審查立法者對於這種規範性概念，是否有授權主管機關進一步加以具體化。如果立法者沒有明確授權主管機關進一步闡明，但主管

---

<sup>5</sup> 之後釋字第 491 號、第 521 號、第 545 號、第 573 號、第 585 號、第 594 號、第 602 號、第 617 號、第 623 號、第 633 號、第 636 號、第 659 號、第 669 號、第 689 號解釋，均一再適用「法規文義非難以理解，可為受規範者所預見，並得為司法者所審查」這一套符合法明確要求與否的審查公式。

<sup>6</sup> 釋字第 636 號解釋林子儀、許宗力大法官已於不同意見書中加以質疑。

機關以法規性命令訂定認定準據，而法規性命令是人民可以容易接近的資訊，則應該還是可以通過法明確性的審查。如果還有違憲疑義，則是法律保留的問題，也就是主管機關的闡明權是否逾越立法權的問題，即一般所稱有無逾越母法的問題。

上述這番看法的證據，在於德國聯邦憲法法院這一段論述：「如果無可避免地要以有待補充的規範性概念來描述實體要件，那麼更為重要的問題是，誰決定補充與適用這些概念，以及這個決定的過程如何進行。如果提供一種形式化且可經由法院加以審查的程序，使重要的判決因素受到審查，而且規範所要追求的目的真的會被實現，這些干涉基本權而有待補充的規範性概念，則可以接受。」<sup>7</sup>其中形式化而可經由法院加以審查的程序，正好是主管機關的立法程序。換言之，判斷標準仍然是受規範的人民能否理解，而規範性概念是否能夠為人民所瞭解，取決於是否有一個符合民主原則的闡明程序，足以提供法院審查<sup>8</sup>。

本院大法官的解釋先例反覆使用「得經司法審查」這個判斷標準，但是無從查證原始依據，經過釋字第六三六號解釋以來的反覆質疑，本件聲請審查過程，與林子儀大法官對話所受啟發，得出這個結論，特別加以記錄，提供多數意見及本院大法官往後操作法明確性原則時參考。

對於系爭規定，如果解釋為例示規定，且針對「必要處

---

<sup>7</sup> BVerfGE 33(1972), 303; 110(2004), 37, 63f; 許玉秀，論正當法律程序原則(十四)，軍法專刊第57卷第4期，2011.08，頁17中的相關論述，應藉此稍作修正與補充。

<sup>8</sup> 德國學者Karl-Peter Sommermann即認為「立法者必須在這些情形中給予相當的決定空間，並且藉由程序上的形塑或者是組織上安排，例如組成一個特別的多數合議制的機關，來確保其決定的作成具有高度理性。」(Karl-Peter Sommermann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck (Hrsg.), GG II, 2010, Art. 20 Abs. 3, Rn. 289.)



置」，一如上述操作「得經司法審查」這個判斷標準，則顯然欠缺一個立法授權具體化的程序，法院自然無從為司法審查，而有違法明確性原則。

## 貳、審查正當法律程序中的法官保留原則

### 一、憲法第八條規定的意涵

#### (一) 剝奪人身自由須經法官審查

憲法第八條針對人身自由的保障，規定兩項憲法保障，一個是嚴格的法律保留，一個是法官保留。關於法官保留部分，本條直接明文規定拘束人身自由的要件，例如非經法院許可，不得限制人身自由超過二十四小時，因此在釋字第四四三號解釋理由書中，直接稱之為憲法保留<sup>9</sup>。（也被稱為<sup>10</sup>對人身自由的憲法保留。）

憲法第八條規定法官保留原則部分，依據大法官歷來的解釋，並不認為僅以刑事被告作為適用對象。釋字第三八四號解釋即明白揭示「憲法第八條第一項規定係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。」而在釋字第五二三號、第五八八號、第六七七號解釋，均一再重覆引述這個解釋意旨。

雖然釋字第五八八號解釋曾經提到，對刑事被告與非刑事被告人身自由的限制，有本質上的差異，必須踐行的司法

<sup>9</sup> 釋字第 443 號解釋理由書：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制。

<sup>10</sup> 吳庚，憲法的解釋與適用，初版，2003.04，頁 191：「人身自由的保障，本項（指憲法第 8 條第 1 項規定）不僅宣示原則，而且對於限制人身自由的條件自行規定，故稱為憲法保留（Verfassungsvorbehalt）。」

程序或其他正當法律程序，並非均須同一，但對於舊行政執行法的管收規定，大法官仍要求「管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問」。亦即不問拘束人身自由的處分，性質上有何差異，或者被如何稱呼，只要具有憲法所規範的「拘禁」特性，就不能否決法官保留的審查程序。對於憲法第八條要求正當法律程序的法官保留，以往的大法官解釋並沒有任何退讓。

## (二) 法官保留的意涵

法官保留（或稱法院保留）原則有兩個面向，一方面在踐行權力分立，一方面保障人民的基本權，包括保障人民的異議權。本件聲請所處理的是第二個面向。憲法第八條透過法官保留原則，所保障的基本權是人身自由。對於人身自由的剝奪和限制，憲法第八條的法官保留有兩種模式。一種是拘束人身自由之前，必須經過法院審理程序；一種是拘束人身自由之後，在最短期限內，應該移送法院審查，補正審查程序。

## 二、 應該區分刑事被告與非刑事被告？

所謂刑事處罰目的與非刑事處罰目的的區分，不能影響法明確性的審查密度，已如前述。那麼可以像多數意見那樣，繼續用來審查正當法律程序原則嗎？如果如多數意見一般，仍然依照目的區分，則答案仍然一樣：不可。因為出於相同目的，可能拘束人身自由的程度不一樣，而出於不同目的，可能拘束人身自由的程度相同。憲法第八條對人身自由

的保障，如同釋字第五八八號解釋的決定，關鍵在於拘束人身自由的效果，是否與拘禁相同。

將精神病患綁在床上、關在鐵欄杆後面，完全具備拘禁的形式和效果；為了防治傳染病所採取的隔離，與拘禁在一定空間，也可能完全一樣。釋字第五八八號解釋將管收直接比擬為拘禁，就目前執行場所相同而言，或許已經足夠，但是因為沒有描述拘禁的特質，本件解釋即難以援引該號解釋論述，作為審查依據。多數意見反覆論述剝奪人身自由的概念，但顯然沒有成功定義人身自由的剝奪，因此並沒有對哪一種剝奪或限制人身自由，劃出適用法官保留的界限。

刑事被告與非刑事被告的區隔，其實並非真的沒有意義。作為刑事被告，縱使最後判處免刑、緩刑、罰金或無罪，都必須經過事前的法官保留程序，除非是緊急情況的逮捕、拘禁。理由在於對刑事被告拘束自由的前提是犯罪，犯罪是否被證實，牽涉的不只犯罪人自己，可能是真正犯罪人的逍遙法外，如果並無真正的犯罪人，例如為躲避仇家或逃避飢餓，而自首莫須有的罪名，則涉及司法程序遭濫用，會損傷司法程序的公正與可信賴性。因此凡是對刑事被告人身自由的拘束，不管是自願或非自願，都應該踐行法官保留原則，而且不管是事前的法官保留，或是緊急處分後補正的法官保留。

相對於刑事被告，以對傳染病患的強制隔離為例，縱使利用隔離程序免於死亡，不管是躲避仇家或逃避飢餓，都應該與他人無關，而且醫療防治程序本身，即有救命的目的，縱使濫用隔離程序，不是濫用一個恆常的體制，不會對恆常

的體制造成傷害。加上醫療科學的檢驗較為迅速，遭濫用的可能性較低，如果是自願接受隔離，自願放棄人身自由，不需要適用法官保留原則。因此對於非刑事被告人身自由的拘束，只要拘束人身自由的程度，如多數意見所稱達於剝奪的程度，而且是非自願的拘束，則一律應遵循法官保留原則。

由於因傳染病而需要強制隔離這種剝奪人身自由的情形，通常出於緊急情況、在對疾病擴散的風險無知的狀況，因此來不及踐行法官保留程序，所以剝奪傳染病患或傳染嫌疑人人身自由時，緊急處分之後的法官保留補正模式，反而是典型的法官保留模式。

### 三、 系爭規定違反法官保留原則

#### (一) 事後救濟的法官保留不能等同憲法第八條的法官保留

多數意見在檢討改進建議中，建議讓遭強制隔離者，能於事後請求法院緊急救濟。雖然法院的救濟，是對人民異議權的保障，也屬於法官保留原則的一環，但是屬於人民人身自由受到違法拘束的救濟，是由遭隔離者或其親屬提出主張；憲法第八條的法官保留，則是由拘束人民人身自由的公權力，主動進程序。遭隔離的人，通常處於極端脆弱、驚恐的狀態，經常或難免不可能期待遭拘束人身自由的人主動求救，特別在濫用非刑事程序以侵害人身自由的情形，遭拘束人身自由的人，異議的機會必定遭刻意剝奪，只有要求公權力主動踐行法官保留程序，才可能防免這種人身自由遭侵害的危險。

多數意見引用憲法第八條作為審查依據，建議的卻是憲法第十六條對訴訟權的保障，張冠李戴事小，拆毀憲法第八

條的保障防線，實在令人心驚膽顫！

## (二) 憲法第八條為違法剝奪人身自由的情形而存在

多數意見自始至終，以對於病患的隔離，不等同於對犯罪被告的拘禁，認為憲法第八條的法官保留原則可以打折扣，其實就是認為對於病患的隔離，不適用憲法第八條規定。

憲法第八條不是為了沒有程序瑕疵的情形而存在，反而特別是為了濫用公權力剝奪或限制人民身體自由的情形而存在。刑事追訴程序可能遭公權力濫用，醫療程序也可能遭公權力濫用，而且在多數意見這種過度樂觀的態度之下，更可能遭公權力濫用。將人送進杜鵑窩、將人打進癲瘋谷、傷寒瑪麗的故事，在在不都是血淚斑斑？系爭規定遭誤用或濫用，而非法剝奪人身自由的情形，多數意見敢保證絕對不會發生嗎？

只要本席所耽憂的狀況，有發生的一點點可能，憲法第八條的法官保留模式，就必須適用，沒有商量打折扣的餘地。系爭規定既然不曾具備正當法律程序的意識，只能宣告違憲，沒有迂迴曲折的餘地。

## 參、結語

本席參與的第一號解釋，是釋字第五六七號解釋。該號解釋最值得稱揚之處，在於「縱於非常時期，對人民身體自由之處罰仍須合於憲法第八條及第二十三條之規定。」這一段論述，那是用許多非法剝奪人身自由的血淚史換來的。大法官於八年前，已經勇敢面對歷史，迎頭趕上世界人權浪潮的頂端，如今面對建國百年紀念，所奉獻的禮物，不是百尺

竿頭，更進一步，竟然是自甘保障人身自由的人權末流。時值卸任前夕，回想一年來司法的困境，不得不藉這最後一份意見書，發出沈痛的呼籲。